*Enrico Raimondi* (*)

# POTERE DI CONTROLLO, TUTELA DELLA RISERVATEZZA E «LAVORO AGILE»

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il potere di controllo a distanza del datore di lavoro dopo il *Jobs Act*. — 3. I controlli difensivi e quelli sottratti dall'ambito di applicazione dell'art. 4. — 4. L'interazione della disciplina statutaria con i princìpi in materia di *privacy*. — 5. Gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa e i sistemi di rilevazione degli accessi e delle presenze. — 6. La compatibilità della normativa italiana con le fonti sovranazionali e i princìpi costituzionali. — 7. L'informativa adeguata e il consenso del lavoratore. — 8. Potere di controllo e lavoro agile.

1. — *Premessa* — «Non siamo in carcere!» Questa è stata la reazione dei dipendenti di Amazon quando, nei primi giorni di febbraio 2018, gli organi di stampa hanno riportato la notizia del brevetto di un braccialetto che consentirà alla nota azienda di segnalare ai propri dipendenti se commetteranno errori nel selezionare l'articolo da imballare (1). La notizia ha destato molto clamore, sebbene, in verità, siano molto diffusi, in tutti i settori produttivi, dispositivi che consentono di misurare la produttività dei dipendenti e, quindi, di controllare la loro attività lavorativa. L'annuncio di Amazon, tuttavia, ha paventato il rischio concreto che, oggi, possa ritenersi lecito dotare i dipendenti di dispositivi che consentono di controllare la loro attività e, addirittura, di conformare la stessa prestazione lavorativa (2).

Le preoccupazioni si fondano sull'attuale formulazione dell'art. 4 dello Statuto. Questa disposizione, a differenza che nel passato, riconosce, sebbene a determinate condizioni, la legittimità di controlli a distanza effet-

---

(*) Ricercatore di Diritto del lavoro presso l'Università di Chieti-Pescara «G. d'Annunzio».

(1) *Corriere della sera*, 6 febbraio 2018. Si veda anche il caso degli operatori ecologici del Comune di Livorno, a cui è stato assegnato un braccialetto che segnala lo svoltamento del cestino (*la Repubblica*, 14 aprile 2018).

(2) Tanto è vero che, in occasione dell'intervista al Garante realizzata il 2 febbraio 2018, l'avv. Soro, oltre che ritenere la possibile scelta di Amazon in contrasto con l'ordinamento in materia di protezione dei dati personali e in violazione della dignità umana, ha parlato di una tendenza alla robotizzazione dell'uomo.

tuati dagli imprenditori. Non vi è dubbio, in proposito, che il legislatore abbia introdotto forti elementi di discontinuità rispetto, che devono essere necessariamente tenuti presenti nell'interpretazione del nuovo quadro regolativo. Ecco perché non possono essere completamente condivise alcune letture riduttive che tentano di ricondurre l'attuale disciplina a una sorta di interpretazione autentica della vecchia (3) ovvero che considerano la riforma «una semplice manutenzione della precedente disciplina» (4). Di certo, il primo elemento di novità è la mancata riproposizione del divieto generale di installazione di «impianti audiovisivi e altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori», che, come è noto, caratterizzava la disciplina previgente. La mancata riproposizione del divieto non è priva di conseguenze (5), dal momento che, in coerenza con il terzo comma della nuova formulazione dell'art. 4 dello Statuto, si pone quale premessa normativa del riconoscimento del potere del datore di lavoro di utilizzare, mediante il ricorso a impianti audiovisivi ovvero ad altre apparecchiature di controllo a distanza, informazioni sull'attività svolta dai lavoratori. Questo potere, tuttavia, non è incondizionato. Il potere di controllo tecnologico, infatti, è riconosciuto a condizione che gli apparati installati siano finalizzati a soddisfare una delle ragioni obiettive previste espressamente dal primo comma della disposizione (organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale) e che il datore di lavoro concluda un accordo sindacale od ottenga una specifica autorizzazione amministrativa (6).

Ma ciò che preoccupa maggiormente è la seconda novità introdotta dalla riforma del 2015: l'esclusione degli strumenti di lavoro e dei sistemi di rilevazione degli accessi e delle presenze dalla necessità di essere oggetto di procedura codeterminativa sindacale o di autorizzazione amministrativa, anche se dal loro utilizzo è possibile controllare a distanza l'attività lavorativa. Si pone, quindi, il problema di comprendere se, ed eventualmente in che misura, il datore di lavoro può controllare l'attività lavorativa mediante la dotazione ai propri dipendenti di strumentazioni, che possono essere le più varie, che servono per lavorare: un *tablet*, uno *smartphone*, un pc, una casella di posta elettronica e, nel caso di Amazon, un braccialetto elettroni-

(3) Cfr. la nota del ministero del Lavoro pubblicata il 18 luglio 2015, criticata subito da Bellavista (2016, 723-724). In dottrina, cfr. Salimbeni 2015.

(4) Pinto 2017, 143.

(5) Si condivide, in proposito, quanto affermato da Tullini (2017, 106 ss.).

(6) Sotto questo profilo, la disposizione non si discosta di molto dalla sua versione originaria.

co. Il nuovo articolo 4, infine, condiziona oggi espressamente l'utilizzabilità delle informazioni acquisite al rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali. Ed è proprio per tale motivo che, come si vedrà, si conviene con chi ha affermato che non è stata ancora realizzata una «liberalizzazione della sorveglianza» (7).

Le ragioni della scelta del legislatore sono molteplici. Esse risiedono sia in precise ragioni di politica del diritto (8) sia nella necessità di adeguare la disposizione statutaria a modelli organizzativi in cui le tecnologie informatiche assumono un ruolo fondamentale (9) e che mettono in discussione, nei fatti, la stessa logica che aveva ispirato il legislatore statutario. Il modello delineato nel 1970, infatti, recepiva la tesi, del tutto condivisibile, secondo cui un controllo meccanico continuativo sulla prestazione lavorativa era da considerare lesivo della dignità umana e che, pertanto, un'attività di vigilanza sul corretto adempimento della prestazione lavorativa fosse possibile esclusivamente mediante personale, conosciuto dai lavoratori, a ciò addetto. Nell'attuale contesto produttivo, invece, il contemperamento tra il diritto alla riservatezza e le esigenze organizzative delle imprese non può che presupporre che determinati tipi di strumenti e di sistemi di organizzazione del lavoro consentono, inevitabilmente e a prescindere dalla volontà del datore di lavoro, di poter verificare, simultaneamente o a posteriori, la corretta esecuzione delle obbligazioni contrattuali da parte del datore di lavoro (10).

La revisione dei limiti al potere di controllo del datore di lavoro, del resto, è imposta dalla diffusione di un sistema di organizzazione del lavoro caratterizzato dall'interconnessione telematica delle prestazioni lavorative. Si parla, in proposito, di «quarta rivoluzione industriale», che dovrebbe essere sostenuta da progetti come Industria 4.0. La digitalizzazione delle modalità di lavoro, poi, aumenta le possibilità di *sharing economy*, che, tuttavia, sul versante delle relazioni individuali di lavoro, rischia di identificarsi nella sua variante *gig* (11) o, addirittura, in forme odiose di lavoro gratuito.

---

(7) Bellavista 2016, 718; Barraco 2016, 6; Barbieri 2017, 183 ss.

(8) Ricci (2016, 741), che ascrive l'intervento di modifica dell'art. 4 alle misure, contenute nel *Jobs Act*, finalizzate a garantire maggiore flessibilità nel rapporto di lavoro. Cfr. anche: Santoro Passarelli 2016; Speziale 2014; Troisi 2014.

(9) È proprio con riferimento alle tecnologie informatiche che la dottrina si è, a un certo punto, interrogata, anche per valutare l'opportunità di una revisione dell'art. 4. Il dibattito, che non può essere analizzato in questa sede, è richiamato da Tufo (2016, 404-406).

(10) In tal senso, cfr. Proia 2016, 549.

(11) Maggioni 2017. Sul tema, in generale, cfr. Salento 2017, 29 ss., e Birgillito 2016. Con riferimento ai riflessi sul rapporto individuale di lavoro, vd. Voza 2017, 71 ss.

Di fronte alla progressiva «integrazione dei processi che viene abilitata dalle nuove tecnologie» (12), in particolare, è estremamente difficoltoso separare la possibilità di controllo sulla prestazione dall'utilizzazione di dispositivi elettronici mediante i quali viene determinata l'organizzazione del lavoro. In tal modo, sono messe in discussione molte delle categorie tradizionali del diritto del lavoro (13) e, tra queste, il divieto di controllo a distanza a tutela della riservatezza dei dipendenti.

Il ricorso a tecnologie informatiche che consentono di realizzare l'integrazione delle attività lavorative in una determinata modalità organizzativa riduce, sino ad annullarla, la possibilità stessa, che rappresentava il presupposto su cui si fondava la norma statutaria, di tenere distinte le apparecchiature di controllo dalle tecnologie che consentono di svolgere le mansioni affidate dal datore di lavoro. Una delle espressioni di tale tendenza, del resto, è rappresentata dall'istituto del lavoro agile, introdotto con l'art. 18 della legge n. 81 del 22 maggio 2017, che rappresenta una «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa» (14). È possibile sostenere, allora, che la nuova prospettiva della tutela della riservatezza è rappresentata, più che da un divieto immanente di controllo indiretto della prestazione lavorativa, dalle tecniche di tutela della *privacy* (15), previste dal Regolamento sulla protezione dei dati personali (16).

Come si vedrà, inoltre, la nuova formulazione dell'art. 4 St. lav. risolve molte delle questioni interpretative che hanno impegnato la dottrina e la giurisprudenza in passato (17), sebbene possano essere avanzati molti dubbi sulla capacità della nuova normativa di «ovviare all'obsolescenza

(12) Salento 2017.

(13) Come osservato da Perulli 2017. Tullini (2016, 7) sottolinea come «l'incalzante innovazione tecnologica favorisce un'ampia e rapida decostruzione del quadro giuridico relativo ai rapporti di produzione e, in generale, del contenuto sociale e identitario delle relazioni di lavoro». Sulle «conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro» cfr. Ichino 2017, 525 ss.

(14) Sottolineano, tra le altre cose, i rischi per la salute che possano derivare da tale modalità di esecuzione della prestazione Allamprese, Pascucci (2017, 307 ss.).

(15) Proia 2016, 552; Santoro Passarelli 2016, 26-27; Monterossi 2017, 199 ss. *Contra*, Nuzzo 2018.

(16) Regolamento Ue n. 2016/679 del 27 aprile 2016. Per i primi commenti sul contenuto del Regolamento, si rinvia a: Ogriseg 2016; Piraino 2017, 384 ss.

(17) Sia sufficiente rinviare a: Lambertucci 2015; Carinci 2016. Sulla necessità di una revisione della regolamentazione cfr. Zoli 2009.

tecnologica provocata dallo sviluppo tecnologico e dal fenomeno crescente della digitalizzazione» (18). In particolare, la normativa non sembra in grado di proteggere la personalità del lavoratore quando la sua prestazione viene svolta al di fuori dei locali aziendali, come può avvenire con lo *smart working*.

2. — *Il potere di controllo a distanza del datore di lavoro dopo il* Jobs Act — L'utilizzabilità delle informazioni acquisite dal datore di lavoro presuppone che sia venuto meno il divieto generale di controllo tecnologico a distanza. La dottrina, in via prevalente, ha tuttavia negato questo esito interpretativo, con una serie di argomenti (19), sia di carattere letterale sia di tipo sistematico (20). Il fatto che il legislatore abbia previsto che l'installazione di impianti da cui può derivare un controllo sull'attività lavorativa è consentita «esclusivamente» per soddisfare determinate esigenze, differenti dalla verifica dell'adempimento delle obbligazioni lavorative, dovrebbe indurre a ritenere che il divieto di controllo a distanza sia stato implicitamente riaffermato.

È, tuttavia, possibile una lettura diversa, coerente con la formulazione della disposizione e l'intenzione del legislatore. Il ricorso all'avverbio «esclusivamente» vuol dire che non è possibile installare apparecchiature di controllo in assenza delle causali oggettive previste dalla norma ovvero, per dirla altrimenti, per l'unica finalità di controllare le prestazioni lavorative. Ma ciò non vuol dire che il controllo della prestazione non è oggi consentito se esso è conseguenza di un'attività di videosorveglianza, o di altra natura, effettuata per soddisfare le ragioni oggettive che hanno autorizzato l'installazione di quegli strumenti dai quali possa derivare anche il controllo sull'attività lavorativa. In questo caso, l'eventuale acquisizione di dati sull'attività lavorativa non comporta, come in passato, la loro inutilizzabilità, se non nel caso in cui il loro trattamento avvenga in violazione delle norme in materia di protezione dei dati personali. Se così non fosse, non avrebbe alcun senso quanto previsto dal terzo comma, secondo cui «le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro». La riforma del 2015, quindi, incrina la logica statutaria, perché consente, per la prima volta, un controllo tecnologico sulla prestazione lavorativa, seppur soltanto eventuale e giustificato dalle ragioni oggettive previste dal primo comma.

(18) Tullini 2017, 97.
(19) Come sostenuto, invece, da Maresca 2016, 512 ss.
(20) Nuzzo 2018.

È certamente un approdo lontano dall'originario impianto legislativo, da cui era desumibile un generale divieto di controllo impersonale sulla prestazione che non ammetteva eccezioni (21). In effetti, l'art. 2 consente l'impiego di guardie giurate esclusivamente ai fini della tutela del patrimonio aziendale, ed esse «non possono contestare azioni o fatti diversi» da quelli che possano pregiudicare il patrimonio stesso. L'art. 3, inoltre, ammette espressamente la possibilità che il datore di lavoro controlli l'attività lavorativa mediante personale di vigilanza, a condizione che chi è adibito a svolgere tale funzione sia riconoscibile dai dipendenti. L'art. 8, poi, nel vietare espressamente al datore di lavoro di effettuare indagini «su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore», ritiene, quindi, legittime quelle che possano avere a oggetto la verifica del possesso, da parte del dipendente, di determinati requisiti professionali. Queste disposizioni, unitamente al divieto, ormai abrogato, contenuto nel primo comma dell'art. 4, erano espressione del principio dell'illiceità di un controllo tecnologico o impersonale della prestazione, che, tuttavia, oggi non può essere ragionevolmente sostenuto. La prescrizione che il controllo sia esercitato da personale a ciò adibito e conosciuto dai dipendenti, infatti, risponde alla finalità di disvelare le modalità di esercizio del potere per non renderle degradanti la persona del lavoratore. La finalità dello Stato, in sostanza, era quella di impedire la realizzazione del *Panopticon* di benthamiana memoria, rendendo verificabile il potere di controllo del datore di lavoro, e vietare sistemi di videosorveglianza che rendessero al lavoratore impossibile sapere quando venisse controllato, eliminando qualsiasi spazio di resistenza al potere datoriale (22). Questo obiettivo, invero, è oggi perseguito con tecniche differenti e, in particolare, dall'informativa che il datore di lavoro deve fornire ai propri dipendenti circa le modalità di effettuazione degli eventuali controlli indiretti resi necessari dalla sussistenza delle causali previste dal primo comma (23).

---

(21) *Ivi*.

(22) Ricorda Foucault (1973, 219-220) che l'effetto principale del *Panopticon* è quello di «indurre nel detenuto uno stato cosciente di visibilità che assicura il funzionamento automatico del potere. Far sì che la sorveglianza sia permanente nei suoi effetti, anche se è discontinua nella sua azione; che la perfezione del potere tenda a rendere inutile la continuità del suo esercizio»; in sostanza: determinare «un assoggettamento reale» che deriva dal fatto che «colui che è sottoposto a un campo di visibilità, e che lo sa, prende in proprio le costrizioni del potere».

(23) Tale conclusione, peraltro, sembra essere condivisa dall'Autorità garante, come si vedrà *infra*. Anche la giurisprudenza di merito che si è formata dopo la riforma ammette la possibilità di controllo indiretto della prestazione, nei limiti delle causali

La riforma del 2015, di conseguenza, è destinata a incidere sull'orientamento che dovrà assumere la giurisprudenza in caso di contestazione, da parte del lavoratore, di una eventuale sanzione irrogata nei suoi confronti sulla base di informazioni acquisite a seguito di un controllo indiretto. La prima verifica da compiere, infatti, è se il controllo della prestazione è stato esercitato in presenza delle ragioni oggettive richieste dal primo comma dell'art. 4. In caso contrario, esattamente come accadeva nel passato, il problema della liceità del trattamento non si pone, perché i dati sono comunque acquisiti in violazione di legge. La seconda valutazione riguarda le modalità del controllo, che, in base ai princìpi in materia di protezione dei dati personali, devono essere proporzionali, non eccedenti lo scopo, pertinenti e necessarie a soddisfare l'esigenza che ha consentito l'installazione. Ad esempio, oggi non è più dubitabile che il datore di lavoro possa, attraverso l'installazione di un *software* che consente di memorizzare il contenuto delle mail aziendali per rispondere a una esigenza di tutela del patrimonio aziendale, venire a conoscenza di fatti attinenti all'attività lavorativa, suscettibili di valutazione disciplinare. Tuttavia, una eventuale sanzione non potrà essere ritenuta legittima se il controllo della corrispondenza con strumenti lecitamente installati è stato continuo nel tempo ovvero se la registrazione delle conversazioni è stata realizzata per un tempo superiore a quello necessario alle verifiche da effettuare. Un trattamento di questo tipo si tramuterebbe in un controllo sulla prestazione lavorativa illecito non in ragione di un divieto implicito, ma perché eccedente e non pertinente allo scopo per cui l'imprenditore ha motivato la necessità di installazione dello strumento di controllo (24).

3. — *I controlli difensivi e quelli sottratti dall'ambito di applicazione dell'art. 4* — Tra le causali che consentono di installare apparecchiature dalle quali poter controllare anche l'attività lavorativa dei dipendenti è stata inserita l'esigenza di tutela del patrimonio aziendale. Come è noto, in passato, la giurisprudenza, sebbene con diverse oscillazioni, ha ritenuto che questo tipo di controllo, definito difensivo, fosse sottratto dall'ambito di applicazione della disposizione originaria. A seguito della riforma, l'orientamento è destinato a mutare. Questo tipo di controlli, infatti, è lecito esclusivamente in presenza di un accordo sindacale o di un'autorizzazione am-

---

previste dalla legge e nel rispetto della normativa in materia di *privacy*. Cfr., in particolare: T. Roma 24.3.2017; T. Roma 22.3.2018; T. Roma 13.6.2018, inedite a quanto consta.

(24) Sul tema si tornerà *infra*.

ministrativa che legittima il ricorso a dispositivi di controllo (25). Rimane da comprendere, tuttavia, quali possono essere valide esigenze di tutela. È evidente, infatti, che un'accezione eccessivamente dilatata di «patrimonio aziendale» legittimerebbe qualsiasi controllo anche sulla prestazione, dal momento che «anche il puntuale adempimento dell'obbligazione lavorativa concorre alla valorizzazione del patrimonio aziendale, se preso in considerazione dal punto di vista del diritto di credito dell'imprenditore a una prestazione di lavoro che ha, indubbiamente, un contenuto patrimoniale» (26). Non v'è dubbio che, così ragionando, il datore di lavoro potrebbe richiedere di essere autorizzato a installare apparecchiature esclusivamente per finalità di controllo sulla prestazione lavorativa, adducendo proprio esigenze di tutela del suo patrimonio. L'inadempimento contrattuale, infatti, incide sul patrimonio aziendale, perché potrebbe qualificarsi in una indebita percezione del salario da parte del lavoratore. La «tutela del patrimonio aziendale», tuttavia, non può riguardare l'intera sfera dell'interesse creditorio del datore di lavoro. Se così fosse, infatti, il datore di lavoro non incontrerebbe alcun limite causale all'effettuazione dei controlli, con il conseguente venir meno di ogni spazio di riservatezza dei dipendenti, in violazione del criterio direttivo della legge di delegazione. L'interesse tutelato, allora, deve essere identificato in quello alla integrità dei beni, materiali e immateriali, di cui l'imprenditore si avvale per l'esercizio della sua attività e che potrebbe essere pregiudicata da comportamenti di uno o di più dipendenti. Si pensi, ad esempio, a un'area aziendale in cui si trovano materiali infiammabili. In questo caso, il datore di lavoro ha interesse a controllare che in quell'area non sostino fumatori, perché, evidentemente, il bruciare della sigaretta potrebbe determinare un incendio o un'esplosione. Ma, ancora, si può pensare a un controllo effettuato sul sistema informatico aziendale per evitare il propagarsi di virus che possano manometterne il funzionamento o esporre il datore di lavoro a eventuali responsabilità nei confronti dei terzi.

Eventuali controlli finalizzati alla prevenzione dalla commissione di illeciti di rilevanza penale, o effettuati per accertare il fatto di reato, sono da ritenere esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 4. In proposito, è stato sostenuto che i cd. controlli difensivi dovrebbero essere circoscritti

---

(25) Di differente opinione sono Maresca (2016, 517) e Marazza (2016, 18).

(26) *Ivi*, 16. Maresca (2016, 517) ha affermato che «anche il nuovo art. 4 non si applica ai controlli difensivi – nel senso, torno a precisare, dei controlli aventi a oggetto condotte illecite – che, conseguentemente, potranno essere attivati anche senza accordo sindacale o autorizzazione amministrativa».

a quelli orientati «a scongiurare il rischio concreto di comportamenti del lavoratore di rilevanza penale posti in essere in occasione dello svolgimento della prestazione lavorativa» (27). Questa conclusione, tuttavia, va precisata. Il controllo finalizzato alla prevenzione di reati si traduce, inevitabilmente, in un controllo sulla prestazione e dovrebbe essere giustificato dalla necessità di tutela del patrimonio aziendale. Non è ravvisabile, infatti, alcun tipo di interesse datoriale a verificare la commissione di fatti di reato da parte dei propri dipendenti, se non quelli che possano arrecare pregiudizio all'azienda e alla sua immagine. Di conseguenza, il controllo deve essere previamente autorizzato da un accordo collettivo o da un'autorizzazione amministrativa e il lavoratore deve essere informato della modalità in cui esso viene realizzato. Diverso deve essere il ragionamento quando il datore di lavoro abbia il fondato sospetto che il lavoratore tenga un comportamento delittuoso durante l'orario di lavoro o nei periodi di sospensione del rapporto subordinati al ricorrere di determinate condizioni della cui effettiva sussistenza dubiti l'imprenditore (28). In questo caso, il controllo, per essere efficace, non può che essere occulto e finalizzato all'acquisizione di eventuali notizie di reato occasionate dal rapporto di lavoro (29). Tuttavia, questo tipo di controlli è da ritenere differente da quello tradizionalmente vietato dall'art. 4, anche a seguito della riforma del 2015.

4. — *L'interazione della disciplina statutaria con i princìpi in materia di* privacy — A ben vedere, la possibilità che il datore di lavoro entri in possesso di informazioni sull'attività lavorativa riduce gli spazi di riservatezza dei dipendenti. Ecco perché è possibile sostenere che il fulcro della tutela è oggi rappresentato dalla normativa in materia di protezione dei dati personali. Posta la liceità del controllo, nei limiti esaminati, il problema si sposta sulle modalità del trattamento delle informazioni acquisite e che devono essere conformi ai princìpi desumibili dalla normativa speciale. Non è certamente possibile, in questa sede, esaminare i molteplici aspetti problematici che la nuova regolamentazione europea pone agli interpreti, soprattutto per quanto riguarda i rapporti di lavoro (30). Non vi è dubbio, comunque, che dovranno essere tenuti in considerazione i princìpi che già, in più

(27) Marazza 2016, 18.

(28) Si pensi all'ipotesi in cui il datore di lavoro dubiti dell'effettivo stato di malattia del dipendente.

(29) Come osservato anche da Maio 2017, 68-69.

(30) È necessario, pertanto, rinviare, tra gli altri, a Buttarelli 2018.

di un'occasione, sono stati elaborati dal Garante della *privacy* (31). L'Autorità garante, come è noto, al fine di contemperare la possibilità di controllo informatico giustificato da esigenze organizzative e la tutela della riservatezza del lavoratore (32), ha dettato linee guida nell'utilizzazione della posta elettronica e di internet (33), dei sistemi di geolocalizzazione satellitare (34), e impartito prescrizioni specifiche in materia di videosorveglianza (35). In tal modo, si è assistito a una integrazione dei «presupposti di legittimità fissati dallo Statuto con i princìpi fondamentali in materia di dati personali» (36) e a un adattamento progressivo della disposizione statutaria alle nuove tecnologie informatiche.

Il Garante, coerentemente ai princìpi elaborati nel corso del tempo, nel primo provvedimento assunto dopo la riforma del 2015 ha valutato illecito il trattamento di dati personali dei dipendenti di un'Università effettuato tramite sistemi di controllo e tracciatura costanti dei collegamenti internet e dell'uso della posta elettronica, memorizzati per fini estranei alla necessità di verifica del corretto funzionamento delle reti o di esigenze investigative (37). In quest'occasione, il Garante ha affermato che il «trattamento è effettuato, attualmente, per il tramite di apparati (differenti dalle ordinarie postazioni di lavoro) e di sistemi *software* che consentono, con modalità non percepibili dall'utente (cd. in *background*) e in modo del tutto indipendente rispetto alla normale attività dell'utilizzatore (cioè senza alcun impatto o interferenza sul lavoro del dipendente), operazioni di "monitoraggio", "filtraggio", "controllo" e "tracciatura" costanti e indiscriminate degli accessi a Internet o al servizio di posta elettronica». Secondo il Garante, inoltre, «tali *software* non possono essere considerati "strumenti

(31) Sul tema si rinvia a: Proia 2016; Alvino 2016; Barbieri 2017; Pinto 2017.

(32) In tal senso, Levi 2013, 64-65.

(33) Deliberazione n. 13 del 1° marzo 2007, doc. web. n. 1387522.

(34) Deliberazione del 18 febbraio 2010, doc. web. n. 1703103.

(35) Provvedimento dell'8 aprile 2010, doc. web. n. 1712680.

(36) Califano 2017, 173.

(37) Provvedimento n. 303 del 13 luglio 2016, doc. web n. 5408460, commentato da Trojsi (2017, 317 ss.). Cfr. anche il provvedimento n. 345 del 4 giugno 2015 doc. web n. 4211000, con il quale il Garante ha affermato che «il contenuto di comunicazioni di tipo elettronico e/o telematico scambiate dal dipendente nell'ambito del rapporto di lavoro sono assistite da segretezza tutelate anche al livello costituzionale la cui *ratio* risiede nel proteggere il nucleo essenziale della dignità umana e il pieno sviluppo della personalità nelle formazioni sociali; ciò comporta che l'eventuale trattamento dei dati riferiti a comunicazione di posta elettronica o assimilabili, inviate e ricevute dal dipendente nello svolgimento dell'attività lavorativa, debba essere garantito da un elevato livello di tutela».

utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa" (ai sensi e per gli effetti dell'art. 4, comma 2, l. n. 300/1970, come modificato dall'art. 23 del d.lgs. n. 151/2015)» (38).

L'illiceità del controllo, quindi, non è stata desunta in ragione del presunto permanere del divieto di controllo a distanza, ma dalla finalità esclusiva dei sistemi informativi a soddisfare l'esigenza di sorveglianza dell'attività lavorativa e che, per i motivi già esaminati, non può essere ritenuta consentita neppure dopo la riforma. Il trattamento, inoltre, è stato ritenuto illecito anche in base alle norme desumibili dal Codice della *privacy*, perché giudicato eccessivamente invasivo proprio per le concrete modalità con cui il controllo è stato effettuato. La decisione, inoltre, è di estremo interesse anche perché prende posizione sul tema più dell'attuale disposizione, che riguarda gli strumenti di lavoro, da cui il datore di lavoro può acquisire informazioni sull'attività lavorativa.

5. — *Gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa e i sistemi di rilevazione degli accessi e delle presenze* — L'attuale formulazione dell'art. 4 dello Statuto, infatti, consente agli imprenditori di dotare i dipendenti di strumenti per rendere la prestazione lavorativa, e dai quali sia possibile controllare a distanza la loro attività, al di fuori delle causali oggettive, previste dal primo comma, e in assenza della procedura sindacale o amministrativa. Anche in questo caso, è evidente che il legislatore ha fatto riferimento a strumenti che, pur necessari al dipendente per svolgere la sua attività, consentono il controllo a distanza (39). Così come per i controlli indiretti previsti dal primo comma, il terzo comma dell'art. 4 prevede, infatti, che i dati e le informazioni acquisiti per il loro tramite possono essere utilizzati «a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro», compreso quindi per l'esercizio del potere disciplinare. In questo caso, il rischio che il controllo sull'attività lavorativa sia lesivo della dignità e della riservatezza del dipendente è elevato. Non c'è dubbio, infatti, che grazie alle nuove tecnologie informatiche è possibile dotare gli strumenti di lavoro di dispositivi che consentono, in ogni momento, di monitorare l'attività lavorativa e di registrare i relativi dati. Diviene, quindi, di estrema importanza distinguere gli strumenti che si rendono necessari per svolgere la prestazione lavorativa da quegli altri

(38) Su cui vd. *infra*.

(39) Bellavista (2016, 719), in proposito, ha osservato che «in buona sostanza, a seguito della novella, nelle ipotesi di cui al comma 2, sono possibili controlli sul lavoratore prescindendo dallo svolgimento della procedura codeterminativa di cui al comma 1».

che, pur potendo essere assegnati al dipendente per svariate ragioni, anche organizzative, non sono funzionali al corretto adempimento della prestazione (40). In questo secondo caso, infatti, non troverebbe applicazione il secondo comma, ma, eventualmente, il primo, con la necessità per il datore di lavoro di motivare, in sede sindacale o amministrativa, quale esigenza organizzativa sia connessa all'assegnazione dell'apparecchiatura al dipendente ed essere, quindi, autorizzato al suo ricorso. Questa impostazione è stata condivisa dalla stessa Autorità garante. Nel provvedimento prima ricordato, infatti, si legge che, «con riferimento agli strumenti oggetto del presente provvedimento – vale a dire servizio di posta elettronica e navigazione web –, è da ritenere che possano ricomprendersi solo servizi, *software* o applicativi strettamente funzionali alla prestazione lavorativa, anche sotto il profilo della sicurezza». Più di recente, lo stesso Garante, nel valutare un sistema informatico adottato da un *call center*, ha distinto gli «strumenti organizzativi» da quelli «per rendere la prestazione lavorativa» (41). Con questa decisione, l'autorità ha chiarito che mediante i primi è possibile un controllo indiretto della prestazione lavorativa, a condizione che sia rispettato il primo comma dell'art. 4 (42); mentre, per quanto riguarda gli strumenti di lavoro, la condizione di liceità del trattamento è rinvenibile esclusivamente nella normativa in materia di protezione dei dati personali. In questo quadro può essere valutata l'iniziativa di Amazon di dotare i dipendenti di braccialetti che segnalino loro eventuali errori nel prelevamento della merce da destinare alla vendita. È evidente che questo strumento, di fatto, non serve a rendere la prestazione lavorativa, ma corrisponde all'interesse organizzativo del datore di lavoro di ridurre il margine di errore da parte dei dipendenti e, quindi, di aumentarne la produttività. Esso, quindi, non potrebbe essere consegnato neppure ai sensi del primo comma, a meno che non si voglia ritenere che le esigenze organizzative lì richieste possano ricomprendere anche quelle connesse alla misurazione della produttività individuale. Ma, in questo caso, la preclusione all'uso di tali strumenti deriva, prima che dall'art. 4, da una valutazione, da effettuare necessariamente in concreto, circa la meritevolezza dell'interesse datoriale sotteso e se esso possa essere ritenuto tale da consentire una compressione della riservatezza del lavoratore e della sua stessa dignità. Una scelta come quella annunciata

(40) Salimbeni 2015, 609. In senso contrario, T. Pescara 25.10.2017, in *RIDL*, 2018, n. 2, II, con nota di Nuzzo.

(41) Provvedimento n. 139 dell'8 marzo 2018.

(42) L'Autorità garante, quindi, ritiene che non vi sia più un generale divieto di controllo della prestazione.

da Amazon, in verità, sarebbe preclusa perché in violazione della personalità stessa del lavoratore, che va tutelata ai sensi dell'art. 2 Cost.

La legge esclude la necessità dell'autorizzazione sindacale o amministrativa anche nel caso di utilizzazione di strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze, che, per parte della giurisprudenza, sarebbero dovuti in passato essere oggetto di accordo sindacale o di autorizzazione (43). La formulazione della disposizione, tuttavia, pone l'interrogativo se il legislatore abbia fatto riferimento a strumenti che consentono di rilevare la presenza anche all'interno dei luoghi di lavoro e, in particolare, di tracciare il percorso che il dipendente compie durante l'orario. In merito, sono state date risposte differenti. V'è chi, infatti, ha affermato che l'assenza di autorizzazione si riferisce esclusivamente ai sistemi di rilevazione degli ingressi e delle uscite per registrare l'orario di lavoro osservato (44). Altri, invece, hanno ritenuto che la disposizione fa riferimento anche a strumenti che consentono di tracciare ogni accesso del lavoratore all'interno di specifici locali dell'azienda o allo stesso sistema informatico, con esclusione di quelli che, invece, permettono di tracciare ogni spostamento fisico del lavoratore nelle aree di pertinenza dell'imprenditore (45). La prima delle due opinioni sembra essere quella più coerente dal punto di vista sistematico. Il legislatore, nel richiamare gli strumenti di rilevazione degli accessi e delle presenze, ha voluto fare riferimento a modalità che consentono, ai fini dell'amministrazione del rapporto di lavoro, di verificare il rispetto dell'orario di lavoro. Non si è mai dubitato, inoltre, che l'eventuale registrazione di ritardi potesse legittimare l'avvio di un procedimento disciplinare. Questi sistemi, peraltro, realizzano un controllo istantaneo, che già prima della riforma non era incompatibile con il divieto di controllo a distanza continuativo nel tempo. In sostanza, nel caso della rilevazione degli accessi e, quindi, della presenza, l'interesse del datore di lavoro è chiaro e perfettamente legittimo, e le modalità di controllo non sono tali da poter pregiudicare il diritto alla riservatezza del dipendente, dal momento che le verifiche così effettuate non hanno nulla a che vedere con quelle impersonali sull'esecuzione della prestazione lavorativa. Diversamente, la rilevazione degli spostamenti negli spazi fisici o digitali durante l'orario di lavoro ri-

(43) Anche se, di recente, di opinione contraria è Cass. 14.7.2017, n. 17531, in *Pluris*, che ha affermato che i sistemi di rilevazione delle presenze rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 4 St. lav. Marazza (2016, 23) ricorda, tuttavia, ulteriori decisioni di senso analogo.

(44) Salimbeni 2015, 609-610.

(45) Marazza 2016, 24.

sponde, necessariamente, a ragioni differenti da quelle della verifica del rispetto dell'orario e, quindi, della determinazione della retribuzione dovuta. Ma, soprattutto, essa determina un controllo costante del comportamento del lavoratore che non sembra giustificabile, se non in presenza di specifiche ragioni oggettive e da valutare in base al tipo di attività da svolgere. In sostanza, tali strumenti si tramuterebbero non già in sistemi di verifica dell'accesso e della presenza in servizio, ma in modalità di controllo sull'attività lavorativa, con la necessità di verificare la possibilità della loro installazione nel rispetto del primo comma.

6. — *La compatibilità della normativa italiana con le fonti sovranazionali e i princìpi costituzionali* — Il contemperamento tra interessi organizzativi e tutela della riservatezza è stato realizzato dal legislatore nazionale mediante il rinvio espresso alla normativa in materia di protezione dei dati personali. L'attuale formulazione dell'art. 4, intanto, non pare incompatibile con il Regolamento europeo. La nuova normativa europea, infatti, è ispirata dalla ricerca di un equo contemperamento tra gli interessi organizzativi dell'imprenditore e la riservatezza, così come si desume dall'art. 6, par. 1, lett. *f*, da leggere insieme ai Considerando. Dalla fonte europea, quindi, non è desumibile alcun divieto di trattare dati personali per fini connessi al rapporto di lavoro. Ciò non si pone in contrasto con i princìpi desumibili dalla Cedu, così come interpretati dalla Corte europea (46). La Grande Camera della Corte europea, infatti, ha ritenuto che vìola l'art. 8 Cedu una disciplina nazionale che non prescriva, al fine di realizzare un «*fair balance*» tra il diritto del lavoratore a essere tutelato nella sua riservatezza e gli interessi del datore di lavoro, misure protettive specifiche contro eventuali abusi da parte del datore di lavoro. In particolare, la protezione della *privacy* può essere assicurata da vari fattori, tra i quali, in particolare, assume rilievo fondamentale l'informativa circa la facoltà di monitoraggio delle e-mail, la portata ed estensione del controllo, la giustificazione dello stesso, la configurabilità di misure alternative meno invasive, la gravità delle conseguenze del controllo, la previsione di garanzie in favore del dipendente. Dal punto di vista delle fonti sovranazionali, pertanto, è possibile trarre alcune con-

(46) Ha fatto discutere il caso *Barbulescu*, che è stato oggetto della decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo 12.1.2016, ricorso n. 61496/08, su cui mi sia consentito il rinvio a Raimondi (2016, 148 ss.), e parzialmente smentita dalla successiva sentenza della Grande Camera 5.9.2017, ricorso n. 61496/08. Cfr. anche Sitzia 2017, 808-813. Le medesime conclusioni sono state rassegnate, più di recente, dalla Corte europea con la decisione del 9.1.2018, n. 1874, in *ADL*, 2012, n. 2, 499 ss., con nota di Sitzia. Cfr. anche Zanetto 2016, 757 ss.

clusioni (47). La legislazione di uno Stato deve essere in grado di garantire la riservatezza dei lavoratori e di impedire, quindi, che il datore di lavoro possa, in ogni momento e senza alcuna ragione, intromettersi nella vita privata dei propri dipendenti. Tuttavia, la legge nazionale può introdurre delle disposizioni che garantiscano un bilanciamento tra il diritto del lavoratore alla propria *privacy* e il diritto del datore di lavoro di tutelare i propri interessi organizzativi. Di conseguenza, non può essere ritenuta in contrasto con i princìpi fondamentali dell'Unione una legislazione che consenta al datore di lavoro di controllare l'attività lavorativa del dipendente, anche ai fini disciplinari. Tuttavia, il controllo deve essere giustificato da un principio di necessità, al fine di soddisfare un interesse datoriale meritevole di giustificare una compressione della sfera di riservatezza. Di conseguenza, deve sussistere una ragione obiettiva, differente da quella del mero controllo tecnologico sulla prestazione lavorativa e, ai fini della sua legittimità, il lavoratore deve essere preventivamente informato circa le modalità del controllo medesimo, anche al fine di tutelare, eventualmente, i propri diritti in caso di violazione delle misure di protezione imposte dalla normativa sulla *privacy*.

La possibilità di controllare a distanza i lavoratori, nei limiti sopra esaminati, non può essere ritenuta incompatibile, infine, con i princìpi costituzionali. La Corte costituzionale, infatti, ritiene che la riservatezza rappresenta un mezzo di salvaguardia della dignità umana e non attribuisce alla riservatezza un valore assoluto (48). Questo diritto deve essere contemperato con altri diritti di rilevanza costituzionale, come quello di libertà di organizzazione imprenditoriale. Il bilanciamento, tuttavia, deve essere tale da impedire che la compressione degli spazi di riservatezza si traduca in una lesione della dignità della persona e, in definitiva, in un'attività di controllo che, da un lato, non trova la sua giustificazione nelle ragioni per le quali il controllo è stato effettuato e, dall'altro, si rilevi eccessiva rispetto allo scopo. In un'occasione, seppur risalente nel tempo, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi su una questione di legittimità sollevata con riferimento all'art. 6 dello Statuto, ha affermato il principio, applicabile in via generale, secondo cui le modalità del controllo devono essere tali da salvaguardare «la tranquillità e la serenità dell'ambiente lavorativo» e proteggere «sia i beni del patrimonio aziendale sia, nei luoghi di lavoro, quelli personali dei singoli lavoratori» (49). In definitiva, sebbene

(47) Si rinvia, comunque, a Tullini 2009, 335-336.
(48) Cfr. Bellocci *et al.* 2006.
(49) C. cost. 25.6.1980, n. 99.

la riforma del 2015 ha legittimato forme di controllo tecnologico sulla prestazione lavorativa, i princìpi appena esaminati impongono di ritenere che esse non possono essere realizzate con modalità tali da ledere la dignità della persona che lavora, che non può essere sottoposta, neppure con il suo consenso, a una sorveglianza impersonale continuativa nel tempo, che abbia la esclusiva finalità di consentire la verifica sull'esatto adempimento della prestazione lavorativa (50).

7. — *L'informativa adeguata e il consenso del lavoratore* — Le considerazioni svolte consentono di delineare le caratteristiche che deve assumere l'«adeguata informativa» da rendere al lavoratore sulle modalità di controllo che deriva dall'uso di tali strumenti (51). Essa, intanto, dovrà avere a oggetto sia le apparecchiature e gli strumenti da cui possa derivare la possibilità di controllo e che siano stati autorizzati in sede sindacale o amministrativa, sia gli strumenti per l'esecuzione della prestazione lavorativa e quelli per la registrazione degli accessi e delle presenze nei luoghi di lavoro in dotazione dei dipendenti. Non è sufficiente, in proposito, una informativa generalizzata, contenuta in un eventuale regolamento aziendale portato alla conoscenza di tutti i dipendenti (52). Il rinvio alla disciplina contenuta nel codice, infatti, impone di adottare una informativa quantomeno conforme alle prescrizioni di cui all'art. 13, d.lgs. n. 196/2003, funzionali a garantire il principio, contenuto nell'art. 23, c. 3, secondo cui il consenso al trattamento deve essere liberamente prestato. L'informativa, quindi, dovrebbe essere individualizzata, al fine di consentire a ciascun dipendente, in ragione della posizione professionale ricoperta e degli strumenti messi a sua disposizione per svolgere le mansioni assegnate, di sapere in anticipo le modalità con cui il datore di lavoro può entrare in possesso di informazioni in grado di consentirgli la valutazione dell'esatto adempimento degli obblighi contrattuali. Questa interpretazione sembra più coerente sia con il tenore letterale della disposizione sia con la finalità della normativa, destinata a interagire con le prescrizioni in materia di protezione dei dati personali, per effetto del rinvio, oggi esplicito, alle disposizioni contenute alla relativa regolamentazione. Peraltro, la preventiva informazione, oltre che per iscritto, può essere data oralmente. Tuttavia,

(50) Nuzzo 2018, 64-65, che cita Smuraglia 1960. A questa conclusione è pervenuta, di recente, la Corte di Cassazione (Cass. 28.5.2018, n. 13266, in *Pluris*).

(51) In proposito, la giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo può fornire utili indicazioni.

(52) Di questa opinione è, invece, Maresca 2016, 528.

dal momento che il rispetto della disciplina in materia di protezione dei dati personali diviene centrale per la valutazione della liceità dell'utilizzazione delle informazioni acquisite tramite il controllo, la forma scritta dell'informativa è preferibile, perché consente di fornire la prova del rispetto dell'obbligo di informativa. Essa, inoltre, deve essere dettagliata e fornire ai lavoratori tutte le informazioni circa le modalità del trattamento delle informazioni acquisite mediante i controlli ovvero attraverso l'uso degli strumenti di lavoro. Del resto, l'informativa è strumentale alla garanzia del principio della libertà del consenso richiesto dall'art. 23 del codice. La legge, in proposito, afferma esclusivamente che «il trattamento di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici è ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato» (art. 23, c. 1) e che esso «può riguardare l'intero trattamento ovvero una o più operazioni dello stesso» (art. 23, c. 2). Infine, la legge prescrive che «il consenso è validamente prestato solo se è espresso liberamente e specificamente in riferimento a un trattamento chiaramente individuato» (art. 23, c. 3). Non vi è, quindi, un obbligo di fornire il consenso per iscritto. Del resto, ciò non è richiesto, per quanto attiene ai rapporti di lavoro, neppure per il trattamento di dati sensibili in presenza di un'autorizzazione generale dell'Autorità garante (53). In alternativa, in conformità alla regolamentazione europea, il legislatore italiano o la contrattazione collettiva potrebbero introdurre una deroga espressa al principio della necessità del consenso, non ricavabile in via interpretativa in ragione di una sostenuta specialità dell'art. 4 rispetto alla normativa in materia di *privacy* (54). In sostanza, il datore di lavoro è tenuto a informare i propri dipendenti su quali sono le modalità di trattamento delle informazioni acquisite – o mediante i controlli indiretti o mediante gli strumenti di lavoro e i sistemi di rilevazione delle presenze – e che i dati raccolti potranno essere oggetto di procedimento disciplinare. Una volta reso edotto, il lavoratore potrà negare il proprio consenso e impedire, in tal modo, che le informazioni sull'attività lavorativa possano essere oggetto di contestazione. Sebbene il rifiuto di prestare il proprio consenso non potrebbe mai condurre al licenziamento del dipendente riottoso (55), è altamente improbabile che il lavoratore non autorizzi il tratta-

(53) Cfr., in ultimo, l'autorizzazione n. 1/2014, in *Gazz. Uff.*, n. 301, del 30 dicembre 2014.

(54) Sul punto cfr. Sitzia 2016, 97.

(55) Lambertucci (2017, 912) sottolinea che «il mancato consenso del lavoratore, in quanto strumento atto ad assicurare all'individuo l'effettivo godimento del diritto all'autodeterminazione informativa, sul piano generale non può integrare alcuna responsabilità disciplinare o contrattuale».

mento al momento della sua assunzione o nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro; e ciò per ovvie ragioni. Sarebbe stato opportuno, allora, introdurre una norma specifica che imponesse l'acquisizione del consenso del lavoratore alle modalità di trattamento dei dati nelle note procedure di assistenza alla formazione della volontà del lavoratore.

8. — *Potere di controllo e lavoro agile* — Molti dubbi, infine, possono essere avanzati sull'adeguatezza dell'art. 4 e, in generale, della stessa normativa in materia di protezione dei dati personali per tutelare i cd. lavoratori digitali. In questo scenario, è di fatto impossibile distinguere le apparecchiature e gli strumenti che consentono il controllo della prestazione da quelli che sono necessari per svolgere l'attività lavorativa. In questo contesto, gli strumenti utilizzati assolvono, sempre e contemporaneamente, sia alla funzione di consentire al lavoratore di svolgere la prestazione sia a quella di realizzare la stessa organizzazione imprenditoriale entro cui quella prestazione deve essere eseguita. In sostanza, la strumentazione utilizzata realizza essa stessa l'organizzazione di impresa (56). La tematica, di estrema complessità, dovrebbe essere maggiormente approfondita in altra sede, probabilmente in una prospettiva *de iure condendo* (57). Allo stato, la necessità di individuare un bilanciamento del potere di controllo con la tutela della riservatezza si pone con riferimento a modalità di esecuzione della prestazione lavorativa attualmente previste da specifiche norme di legge caratterizzate dalla possibilità che il dipendente esegua la sua attività lavorativa in luoghi diversi da quelli aziendali. Il riferimento è al telelavoro e al lavoro agile (58), che pongono delicati problemi anche di tutela della riservatezza del lavoratore a distanza. La strumentazione messa a disposizione dal datore di lavoro, in questi casi, è finalizzata a consentire l'integrazione tra le attività rese fuori dai locali aziendali, e ciò, di fatto, permette di monitorare a distanza l'attività nel corso della sua esecuzione. In verità, nell'ambito di queste modalità organizzative, è stato rilevato come «proprio lo

(56) Voza (2017, 73), in proposito, ricorda come «nello *Ubergate* […] è emerso che la piattaforma determina e impone le tariffe, monitora lo svolgimento delle prestazioni, esercitando un potere di comando attraverso la dettagliata indicazione del percorso da seguire e altre caratteristiche del servizio […] ed esercita pure un potere di controllo che si affida a terzi, ossia alle recensione degli utenti, che possono giustificare l'interruzione del rapporto, sotto forma di disconnessione dell'*account* intestato all'autista».

(57) In proposito, cfr. Tullini 2017, 119 ss.

(58) Su cui cfr.: Santoro Passarelli 2017, 369 ss.; Tiraboschi 2017; Monterossi 2017, 199 ss.

strumento elettronico, tecnologico o informatico di cui il lavoratore si avvale nella sua attività può diventare il (solo) mezzo per la soddisfazione dell'interesse creditorio all'accertamento della corretta esecuzione del contratto» (59). Le attuali disposizioni di legge e di contrattazione collettiva non considerano adeguatamente il problema di come tutelare la riservatezza dei lavoratori a distanza. Con riferimento al telelavoro, l'art. 115, d.lgs. n. 196 del 2003, impone al datore di lavoro di garantire al dipendente il rispetto della sua personalità e della sua libertà morale nell'ambito del lavoro domestico e del telelavoro. Inoltre, l'Accordo interconfederale del 2004 ha stabilito che il datore di lavoro deve adottare misure appropriate per la protezione dei dati elaborati e utilizzati dal lavoratore nell'esecuzione dell'attività lavorativa. Inoltre, dopo aver ricordato che il datore di lavoro deve rispettare la riservatezza del lavoratore, impone che «l'eventuale installazione di qualsiasi strumento di controllo deve risultare proporzionata all'obiettivo perseguito e deve essere effettuata nel rispetto del d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, di recepimento della Direttiva n. 90/270/Cee relativa ai videoterminali» (60). Tuttavia, la prescrizione attiene a un altro rilevante problema, che è quello della sicurezza e della salute del telelavoro, ma non dice nulla circa la protezione della riservatezza del lavoratore. Soltanto di recente, il ministero dello Sviluppo Economico, nell'approvare la nuova disciplina sul telelavoro nelle pubbliche amministrazioni in vigore dal 2014, ha previsto il rispetto degli obblighi di protezione dei dati personali e della *privacy* del dipendente (61).

In materia, invece, di «lavoro agile», l'art. 21 della legge n. 81 del 2017 prevede espressamente che «l'accordo relativo alla modalità di lavoro agile disciplina l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni» (62). Il rinvio espresso all'art. 4 è certamente superfluo, dal momento che anche in sua assenza sarebbe stato comunque applicabile. La normativa in materia di lavoro agile, quindi, ripropone tutti gli interrogativi sopra esaminati e, in particolare, se la strumentazione assegna-

(59) Nuzzo 2018, 71.

(60) Cfr. d.m. 2 ottobre 2000, contenente le Linee guida sull'uso dei videoterminali, adottate in base alla previsione contenuta nell'art. 56, d.lgs. n. 626/1994, successivamente abrogato dal d.lgs. n. 81/2008.

(61) D.m. 29 novembre 2013.

(62) È il caso di sottolineare che, dal punto di vista sistematico, questa disposizione dimostra che il legislatore ha effettivamente voluto attribuire al datore di lavoro il potere di controllare a distanza l'attività lavorativa.

ta al dipendente, di proprietà dell'imprenditore, sia riconducibile al primo o al secondo comma della disposizione statutaria. La risposta non potrà che derivare, allora, dal tipo di attività affidata allo *smart worker* e non potrà prescindere dalle prescrizioni del Garante sopra ricordate. Non vi è dubbio, infatti, che la distinzione tra strumento per rendere la prestazione lavorativa e dispositivo che consente il controllo è riproponibile anche nel caso del lavoratore agile. Si pensi, ad esempio, all'attività che consiste nell'inserimento di dati contabili. Questo tipo di attività non richiede un costante collegamento in remoto con la rete aziendale, con la conseguenza che eventuali *software* installati sul pc dato in dotazione al dipendente, dai quali poter controllare, soltanto in via eventuale, l'attività lavorativa, potranno essere installati soltanto nel rispetto del primo comma dell'art. 4 e, quindi, in presenza di un accordo sindacale o di un'autorizzazione amministrativa. Non sembra, in proposito, che lo svolgimento dell'attività in luogo diverso da quello aziendale possa giustificare un esito interpretativo differente (63). Sotto questo profilo, anche in questo caso sia l'accordo sindacale sia l'autorizzazione amministrativa potranno determinare le modalità dell'acquisizione dei dati, che dovrà essere rispettosa dei princìpi, sopra visti, in materia di *privacy* e di quelli costituzionali. Sotto questo profilo, si potrebbe desumere l'esistenza di un vero e proprio diritto al distacco del lavoratore agile, che deve essere messo nelle condizioni di poter decidere quando collegarsi telematicamente con l'azienda ed essere in tal modo sottoposto a un controllo sull'attività, quando esso sia una inevitabile conseguenza di valide ragioni organizzative. La tutela della riservatezza del lavoratore agile è, tuttavia, maggiormente messa a rischio nel caso in cui il datore di lavoro affidi al dipendente strumenti per l'esecuzione della prestazione lavorativa che rispondono alla funzione di integrare la prestazione con l'organizzazione imprenditoriale complessiva. In tal modo, l'imprenditore ha la possibilità di acquisire informazioni circa le modalità di svolgimento delle mansioni. In questo caso, allora, con il patto di cui all'art. 21 della legge n. 81 del 2017, le parti dovranno prevedere quali saranno le modalità di trattamento dei dati, individuando quelle che comprimano in misura minore possibile la riservatezza del dipendente e che, quindi, siano tali da rispettare le disposizioni e i princìpi in materia di *privacy*.

In questo ambito, si può cogliere un elemento di differenza rispetto alla disciplina generale prevista dall'art. 4, che non prevede alcun accordo in-

(63) Per tale motivo non può ritenersi consentita l'installazione di *software* che consentono di osservare il corretto adempimento della prestazione lavorativa. Sul punto, cfr. Nuzzo 2018, 95.

dividuale per determinare le modalità di utilizzo di questi strumenti, ma esclusivamente un'adeguata informativa sulla possibilità del datore di trattare le informazioni raccolte, su cui il lavoratore, come visto, dovrà esprimere il proprio consenso. Nel caso del lavoro agile, invece, anche le modalità di trattamento dei dati dovranno essere contrattate, seppure a livello individuale, e le relative pattuizioni potranno essere sempre oggetto di sindacato giudiziario se dovessero determinare l'effetto di consentire al datore di lavoro un controllo continuativo sulla prestazione lavorativa tale da pregiudicare la dignità del lavoratore. Allo stesso modo, l'accordo individuale dovrà disciplinare anche le modalità di rilevazione delle presenze mediante l'uso di apparati tecnologici da parte del lavoratore agile. In questo caso, infatti, il collegamento in remoto potrebbe assolvere anche alla funzione di individuare il momento di inizio e di fine della prestazione lavorativa, al fine della determinazione del trattamento retributivo (64). Vero è che il legislatore ha perduto un'occasione di introdurre una normativa in materia di riservatezza maggiormente adeguata a modalità di esecuzione del lavoro, che, proprio perché rese necessariamente con apparati tecnologici, sono inevitabilmente soggette a controlli più intensi e meno controllabili di quelli tradizionali.

## *Riferimenti bibliografici*

Allamprese A., Pascucci (2017), *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in *RGL*, I, 307 ss.

Alvino I. (2016), *I nuovi limiti al potere di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello statuto dei lavoratori e quelle del Codice della* privacy, in *LLI*, 2, 1, 3 ss.

Barbieri M. (2017), *L'utilizzabilità delle informazioni raccolte: il Grande Fratello può attendere (forse)*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 183 ss.

Barraco E. (2016), *Controlli tecnologici*, in Barraco E., Sitzia A. (a cura di), *Potere di controllo e* privacy. *Lavoro, riservatezza e nuove tecnologie*, Wolters Kluwer, Padova.

Bellavista A. (2010), *Dignità e riservatezza del lavoratore*, in Lambertucci P. (a cura di), *Diritto del lavoro, Dizionari del diritto privato promossi da Natalino Irti*, Giuffré, Milano, 147 ss.

Bellavista A. (2016), *Il nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Cedam, Padova, 717 ss.

(64) Si pensi, in proposito, ai sistemi adottati a seguito degli accordi sindacali citati da Nuzzo (2018, 96-97).

Bellocci M. *et al.* (2006), *Tutela della vita privata: realtà e prospettive costituzionali*, in *www.cortecostituzionale.it*.

Birgillito M. (2016), *Lavoro e nuova economia: un approccio critico. I molti vizi e le poche virtù dell'impresa Uber*, in *LLI*, 2, 2, 59 ss.

Buttarelli G. (2018), *La rivoluzione copernicana del 25 maggio 2018 in materia di* privacy, in *Lavoro, Diritti, Europa*, n. 1, 1 ss.

Califano L. (2017), *Tecnologie di controllo del lavoro, diritto alla riservatezza o orientamenti del Garante per la protezione dei dati personali*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 165 ss.

Carinci M.T. (2016), *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il «Jobs Act» (art. 23, d.lgs. 151/2015*, in *LLI*, 2, 1, III ss.

Del Punta R. (2016), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. n. 151/2015)*, in *RIDL*, I, 77 ss.

Foucault M. (1973), *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino.

Gragnoli E. (2007), *Dalla tutela della libertà alla tutela della dignità e riservatezza del lavoratore*, in *ADL*, I, 1211 ss.

Ichino P. (2003), *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano.

Ichino P. (2017), *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *RIDL*, n. 4, I, 525 ss.

Lambertucci P. (2015), *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli «a distanza» tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 255.

Lambertucci P. (2017), *I controlli del datore di lavoro e la tutela della* privacy, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, Padova, 873 ss.

Levi A. (2013), *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Giappichelli, Torino.

Maggioni Mario A. (2017), *La* sharing economy. *Chi guadagna e chi perde*, il Mulino, Bologna.

Maio V. (2015), *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *ADL*, n. 6, I, 1186 ss.

Maio V. (2017), *Il regime delle autorizzazioni del potere di controllo del datore di lavoro ed i rapporti con l'art. 8 della legge n. 148/2011*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 61 ss.

Marazza M. (2016), *Dei poteri (del datore di lavoro) dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 300.

Maresca A. (2016), *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, n. 4, 512 ss.

Monterossi L. (2017), *Il lavoro agile nell'Accordo Enel 4 aprile 2017, anche alla luce della sopravvenuta l. n. 81/2017*, in *RIDL*, n. 4, I, 199 ss.

Nuzzo V. (2018), *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Esi, Napoli.

Ogriseg C. (2016), *Il Regolamento Ue n. 2016/679 e la protezione dei dati personal nelle dinamiche giuslavoristiche: la tutela riservata al dipendente*, in *LLI*, n. 2, 29 ss.

Perulli A. (2017), *Lavoro e tecnica al tempo di Uber*, in *RGL*, I, 195 ss.

Pinto V. (2017), *I controlli «difensivi» del datore di lavoro sulle attività informatiche e telematiche del lavoratore*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 139 ss.

Piraino F. (2017), *Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *NLCC*, 2, 384 ss.

Proia G. (2016), *Trattamento dei dati personali, rapporto di lavoro e l'«impatto» della nuova disciplina dei controlli*, in *RIDL*, n. 4, I, 547 ss.

Raimondi E. (2016), *La riservatezza del lavoratore tra innovazioni legislative e giurisprudenza nazionale ed europea*, in *RGL*, n. 2, II, 148 ss.

Ricci M. (2016), *I controlli a distanza dei lavoratori tra istanze di revisione e flessibilità «nel lavoro»*, in *ADL*, n. 4-5, I, 740 ss.

Salento A. (2017), *Industria 4.0 ed economia delle piattaforme: spazi di azione e spazi di decisione*, in *Il lavoro nelle piattaforme digitali, nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*, in *Quaderni RGL*, n. 2, 11 ss.

Salimbeni M.T. (2015), *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, n. 3, I, 589 ss.

Santagata S. (2015), Privacy *e lavoro in bilico tra esigenze di tutela e innovazione*, in *Bollettino Adapt*, 22 giugno 2015.

Santoro Passarelli G. (2016), *Sulle categorie del diritto del lavoro riformate*, in *DRI*, 7 ss.

Santoro Passarelli G. (2017), *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, in *RIDL*, n. 3, I, 369 ss.

Sitzia A. (2016), *Il controllo (del datore di lavoro) sull'attività dei lavoratori: il nuovo articolo 4 St. lav. e il consenso (del lavoratore)*, in *LLI*, 2, 1, 83 ss.

Sitzia A. (2017), *Personal computer e controlli «tecnologici» del datore di lavoro nella giurisprudenza*, in *ADL*, n. 3, I, 804 ss.

Smuraglia C. (1960), *Progresso tecnico e tutela della personalità del lavoratore*, in *RGL*, I, 312 ss.

Speziale V. (2014), *Le politiche del lavoro del governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 233.

Stenico E. (2003), *L'esercizio del potere di controllo «informatico» del datore di lavoro*, in *RGL*, I, 327 ss.

Tiraboschi M. (2017), *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 335.

Trojsi A. (2017), *Al cuore del nuovo art. 4, c. 2, St. lav.: la delimitazione della fattispecie degli «strumenti per rendere la prestazione lavorativa»*, in *RIDL*, n. 2, I, 317 ss.

Tufo M. (2016), *I controlli a distanza tra tecnologie informatiche e* privacy *del lavoratore*, in Basenghi F., Russo A. (a cura di), *Flessibilità, sicurezza e occupazione alla prova del Jobs Act*, Torino, Giappichelli.

Tullini P. (2009), *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in *RIDL*, n. 3, I, 323 ss.

Tullini P. (2017), *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile?*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 97 ss.

Voza R. (2017), *Il lavoro reso mediante piattaforme digitali tra qualificazione e regolazione*, in *Il lavoro nelle piattaforme digitali, nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*, in *Quaderni RGL*, 71 ss.

Zanetto D. (2016), *Potere di controllo ed indicazioni di diritto europeo*, in *VTDL*, n. 4, 757 ss.

Zoli C. (2009), *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, l. n. 300/1970, tra attualità ed esigenze di riforma*, in *RIDL*, n. 4, I, 485 ss.

## Abstract

*L'articolo 23, comma 1, d.lgs. n. 151 del 2015, ha modificato l'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori. Le principali modifiche della disposizione danno al datore di lavoro maggiori opportunità di effettuare un controllo occulto sull'attività dei lavoratori. La nuova disposizione, inoltre, permette di effettuare un controllo indiretto attraverso gli strumenti utilizzati dai lavoratori per svolgere il proprio lavoro. In questo caso, la* privacy *del lavoratore è salvaguardata dalla legislazione italiana sulla* privacy *che attua la normativa comunitaria in materia di trattamento dei dati personali. Tuttavia, la normativa non sembra adeguata a tutelare la riservatezza dei lavoratori agili.*

## Employer's control, protection of privacy and smart working

*Article 23(1) of the Legislative Decree no. 151 of 2015 has amended Article 4 of the Workers' Statute. The main modifications of the provision give to the employer more opportunities to implement the use of concealed control of workers' activities. The new provision allows the concealed control to be carried out through the tools and the equipments used by the workers to perform their jobs. In this case, the worker's privacy is safeguarded by the Italian Legislation on privacy which implements the EU Legislation regarding the processing of personal data. However, the legislation does not seem adequate to protect the privacy of smart workers.*